

TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI AÇISINDAN HAKİMİN TAKDİR HAKKINDA ÖLÇÜT SORUNU*

Dr. Öğr. Üyesi Çağrı KAN**

Sen yaralısın, ben yaralıtım, o yaralı.

*Dönüşmeden, ayrışarak nasıl saracağız bu yaraları...****

Özet

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde, TCK m. 61 ve m. 62'de yer alan düzenlemeler temel alınmaktadır. Ceza belirlenirken soyut cezanın somutlaştırılması için kanun koyucunun takdiri gereklidir. Hâkimin takdir yetkisinin kullanılması Aydınlanma Dönemi'ndeki bazı keyfi uygulamalara karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bugün, takdiri indirim nedenlerinin ceza kanununda bulunması gereklidir. Ancak, bunun için kavramsal belirlemeler yerine ağır suçlar; şiddet, nefret, cinsiyet saikli suçlar, çocuk ve kadın cinayetleri gibi suçlarda takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması için ölçütler oluşturulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Cezanın Belirlenmesi, Cezanın Bireyselleştirilmesi, Hakimin Takdir Yetkisi, Ölçü, Kravat İndirimi

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 16/07/2021. İlk hakem raporu tarihi: 06/12/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 07/12/2021.

** Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, cagrikan@pau.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4414-217X.

*** Makale yenice kaybettiğim suç sosyolojisinin ve şiddet çalışmalarının kıymetli bilim insanlarından Prof. Dr. Necmettin Özerkmen Hocama adanmıştır. Rahmetle.

THE PROBLEM OF CRITERIA IN THE DISCRETION OF THE JUDGE IN TERMS OF THE APPLICATION OF THE REASONS FOR THE DISCOUNT

Abstract

Determining and customizing of the punishment is based on the articles 61 and 62 of Turkish Criminal Code. The discretion of the legislator is required in determining the punishment in order to embody the abstract punishment. The right to exercise judicial discretion appeared as a reaction to some arbitrary practices during the Period of Enlightenment. Today, the reasons for discretion reducing must be found in the Criminal Code. However, instead of conceptual definitions, a criteria must be determined for serious crimes such as violence, hate, gender-motivated crimes, pedicides and femicides in order not to apply discretion reducing.

Keywords: Determining of the Punishment, Customizing of the Punishment, Discretion of the Judge, Margin of Discretion, Remission Based on the Outfit of the Suspect

GİRİŞ

Suç işlendikten sonra doğan soyut olarak ceza verme hakkıyla birlikte, cezanın türü ve şiddeti henüz belirlenmemekte, iddianame tanzim edilerek sanık hakkında dava açılması ve onu izleyen yargılama neticesinde failin cezası mahkeme tarafından belirlenmektedir. Bu aşamada ceza verme hakkını somutlaştıracak bir sisteme ihtiyaç bulunmaktadır. Failin fiilinin ağırlığı ve kusuru esas alınırken¹ somutlaştırılacak olan soyut cezayı tayin etme, kanun koyucunun takdirini ilgilendiren bir husustur. Aydınlanma döneminden önce, bu belirleme keyfi nitelik taşıdığı için katı bir kanunilik ilkesi getirilmiş, hâkim Montesquieu'nün tabiri ile "hâkim kanunu telaffuz eden ağızdan başka bir şey değildir."² Zamanla hâkimin yalnızca kanunu uygulamakla görevli olmasının sakıncaları ortaya çıkmış; yer,

1 Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 474.

2 Gözler, Kemal, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, Cilt 15, s.207-243: https://www.anayasa.gen.tr/yorum.htm#_ftn28, (E T: 20.05.2021)

zaman, araç ve farklı kişilikler tarafından gerçekleştirilen fiil somut olaya uydurulamayınca sabit ceza sistemi terk edilmiştir. Kanunda öngörülen soyut cezanın, hâkimin hükmünü oluşturduğu sırada somutlaştırılmasına olan ihtiyaç, ceza normlarına alt ve üst sınırlar, seçenekli cezalar konulması ve sonrasında hukuk devleti bilincinin de yerleşmesiyle hâkimin takdir yetkisi gelişmiştir.³

Cezalar belirlenirken kanun koyucu cezaların türüne ve her bir ceza türünün ağırlığına ilişkin soyut ve genel bir belirleme yaptıktan sonra, bu belirlemedeki ilkeler çerçevesinde her bir suç tipi için hangi türden ve hangi ağırlıkta ceza verileceğini özel olarak belirlemektedir. Böylelikle hâkim için bağlı olduğu bir ceza çerçevesi bulunmakta⁴, ilkesel olarak kullanılacak ölçütlerle ve cezanın somutlaştırılmasıyla cezanın amacı gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.⁵ Bu bağlamda soyut cezanın somutlaştırılması ve buna hizmet eden somut olaydaki durumların hâkim tarafından tespiti ve bu tespitin dayanağı olan nesnel noktaların belirlenmesinden sonra, bu yönde kullanılacak takdir yetkisi öznel veriler içerebilecektir. Bunların bir ölçüt içerip içermediği, gerekçenin denetlenmesiyle sağlanacak gibi görünmektedir. En azından TCK m. 61 açısından durum bu şekildedir. Çünkü; burada belirli bir sıraya göre temel ceza belirlenecek, hâkim öncelikle TCK m. 61 f. 1’de yer alan sebepleri dikkate alacaktır. Madde metnine bakıldığında, bu kriterlerin ‘gibi hususlar’ şeklinde bir destek ifadesiyle genişletilmediği ve kanunda sınırlı olarak sayılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bunun için hâkim, temel ceza belirlenirken keyfi hareket edemeyeceği “gibi kriterleri” karşılamayan bir takdir yetkisi de kullanamayacaktır.⁶ Burada f bendi dışında, fiille doğrudan bağlantılı olmayan ve haksızlık içeriğinin tespiti dışındaki ölçütlere yer verilmemiştir.⁷ Bu ceza üzerinden TCK m. 61 f. 2’de öngörüldüğü üzere olası kast nedeniyle indirim yapılacak veya bilinçli taksir varsa arttırım ile ilgili belirlemeye, ardından da 4. fıkradaki nitelikli hallerin gerçekleşmesi konusunda arttırım ve indirime

3 Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s. 544.

4 Üzülmöz, İlhan, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, EÜHFD, C. X, S. 3-4, Y. 2006, s. 203, 204.

5 Üzülmöz, İ., A.g.m; s. 204, 205.

6 Yerdelen, Erdal, *Cezanın Belirlenmesi*, Ankara 2013, s. 169.

7 Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 242, 243.

gidilecektir. Nitelikli haller uygulandıktan sonra TCK m. 61 f. 5 uygulanacaktır. Bu sıranın doğru uygulanmaması mutlak bozma sebebi (CMK m. 289 f.1/g) olup, sanık için kazanılmış hak tesis etmeyecektir.⁸ Mülga TCK'da cezanın belirlenmesi kriterleri arasında sayılan, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları, yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar, 5237 sayılı TCK m. 62'de takdiri indirim nedeni olarak sayılmıştır. Bu kriterler, somut olayda cezanın karşılığı olan suçun ve suçun işlenmesi sırasındaki failin tutumunun etkisinin olmadığı konulardır.⁹ 61. madde açısından hâkim temel cezayı belirlerken yukarıda anılan ölçütlere bağlı kalarak temel cezayı belirlemektedir. Takdiri indirim nedenlerinin uygulandığı 62. madde yönünden ise dikkati çeken husus maddenin bu haliyle özel bir takdir kullanımına ilişkin bir görüntü sergilemesi ve 61. madde ile uygulanan cezanın belirlenmesindeki netliğin takdiri indirim nedenleri açısından bulunmamasıdır. Burada takdir yetkisi olarak anılan yetki, bağlı kalınması gereği olan ve aynı zamanda üst merci tarafından denetlenebilen bir belirleme yetkisidir. Bu belirleme çerçevesi içerisinde bulunan serbesti alanı da gerekçeyle denetlenmektedir. Cezanın belirlenmesi faaliyetiyle ulaşılmaya çalışılan temel amaç, işlenen fiille orantılı olarak verilen cezanın, ülkenin her yerinde bulunan hâkimler tarafından belirli esaslar uygulanarak elde edilmesidir. Böylece, teorik olarak yakalanmaya çalışılan somut olay adaletinin uygulamada da sağlanması amaçlanmaktadır. Mevcut şekliyle TCK m. 62 cezanın belirlenmesi ile düşünülmesi gereken bir aşama olsa da durum tam olarak böyle değildir. 62. maddeye göre, çerçeve belirli olmadığı için takdir nedenleri ile yapılacak indirim, soyut ve içeriği de geniş yapılabilecek bir yoruma müsaittir. Madde metnindeki gibi hususlar ifadesi de bu durumu desteklemektedir. İçerikteki bu belirsizlik de Yargıtay denetiminin işlevini yitirmesine yol açmaktadır. TCK m. 61 gereğince temel ceza belirlenirken var olan ölçüt, cezanın belirlenmesi aşamasına dahil olan indirilerek takdir etmede bulunmamaktadır. Adının takdir olması bu yönde serbesti olacağı anlamına gelmemelidir.

8 Üzülmüş, İlhan, A.g.m., s. 203, 204.

9 Yerdelen, Erdal, A.g.e, s. 170: Bu yönde, fiilden sonraki davranışlar ve cezanın failin geleceği üzerindeki etkilerinin cezanın belirlenmesindeki kriterler olarak dikkate alınmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir.

Çalışmanın konusu, takdiri indirim nedenleri uygulanırken, bu konuda çelişki içerebilecek uygulamaların gündeme gelebilmesi ve ele alınabilecek kriterleri ölçü bağlamında incelemeye yöneliktir.

1. TEMEL CEZANIN BELİRLENMESİ

Ceza hukukunun bir taraftan her anlamda güvence fonksiyonunu yerine getirirken, diğer taraftan bununla dengeli olarak suçlunun kişiliğini de dikkate alma zorunluluğu, suç işlenip de sübut bulduktan sonra, kanunda belirlenen cezanın somut olaya doğrudan uygulanabilmesi için bazı aşamalardan geçilmesini gerektirir. Bu aşamalar; cezanın tespitinden uygulanmasına, değerlendirmesine ve takdire ilişkin birtakım süreçleri kapsamaktadır. Soyut ceza, iyi yapılmış bir muhakemenin, iyi bir temel ceza belirlemesini sağlayabileceği varsayımından hareketle, cezada yapılacak arttırım, indirim ve izleyen aşamada uygulanacak olan takdiri indirim nedenleri ile cezanın somutlaşmasına; bir başka deyişle kişi yönünden belirlenmesine hizmet edecektir. Cezanın hangi kriterlere göre belirleneceği, cezanın amacı ile doğrudan ilişkili olduğu için, bu belirleme, hem hukuki güvenlik ilkesini zedelememeli, hem ceza belirli bir ağırlıkta olmalı, hem de cezanın amacına uygun olarak yapılmalıdır.¹⁰ Soyut cezanın belirlenmesinde, cezaların türü ve her bir ceza türünün değerlendirilmesine ilişkin belirlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu belirlemeler yapıldıktan sonra, her suç için hangi ilkelerle ve hangi ağırlıkta bir cezanın belirleneceğine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.¹¹ Böylelikle somut olaya ilişkin özellikler tespit edilerek cezanın bireyselleştirilmesi amacına hizmet edilecek, aynı zamanda adalet ve hakkaniyete dayanan en önemli muhakeme işlemlerinden biri gerçekleştirilecektir.

Temel ceza belirlenirken alt ve üst sınırlar arasındaki ceza, fiil ve fail bakımından bazı belirlemelere tabi tutulacaktır. Fiile ilişkin hususlar; TCK m. 61'de belirtildiği üzere, suçun gerçekleştirildiği somut şartlardır. Örn. küçük bir çocuğun önünde annesinin feci şekilde dövülüp, hunharca öldürülmesi gibi. Fiilin suçun işleniş şekli

10 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 1.

11 Gerçeker, Hasan, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2014, s. 948., Üzülmez, İlhan, A.g.m., s. 203.

bakımından aldığı görünüm, mağdurun kişilik yapısını göstermesi bakımından önemlidir. İşlenen suça ilişkin cezanın alt ve üst hadleri arasında belirlemede bulunabilmek için; suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman, yer ile zararın veya tehlikenin ağırlığı gibi sebepler değerlendirilir. Faile ilişkin hususlar arasında nitelendirebileceğimiz bazı sebepler; kastın veya taksirin yoğunluğu, suçun sebep ve saikleri gibi 61. maddede ele alınmış iken, aynı nitelendirme içerisinde yer alan failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışları gibi nedenler 62. maddede ele alınmıştır. Yani bu durumda faile ilişkin hususlardan failin geçmişi, failin şahsi ve sosyal durumu ile cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi durumlar TCK m. 62 kapsamında takdiri indirim nedeni olarak ele alınacak, bu nedenler suçun unsurunu oluşturmakta iseler, çifte değerlendirme yasağı nedeniyle TCK m. 62 f. 3 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınamayacaklardır. Sanık yönünden uygulanma açısından önemli olan orantılılık ilkesi ile hükmün kanunda yer alış şeklinin belirlenerek, failin fiilinin ağırlığı ile başvurulacak önlemin ağırlığı arasında bulunması gereken dengeye ulaşmaktır. Bu denge ise ancak suçun ağırlığı ölçüsünde alınacak önlemlere başvurmakla sağlanacaktır. Daha hafif bir yaptırıma başvurabilme ile ceza yargılamasının amacına ulaşabilmesi mümkün olduğunda, hafif yaptırımla yetinilmesi de bu dengenin enstrümanı olduğu orantılılık ilkesinin bir gereği, hukuk devleti ilkesinin ve cezaların kanuniliğinin de bir sonucudur.¹² Bu gerek nedeniyle, ağır nitelikteki bir fiil için daha ağır ceza verilmesi, bir başka ifadeyle insan öldürmenin cezası ile hırsızlığın cezasının aynı olmamasının beklenmesi bunun tabii bir ifadesidir. Bu ceza-fayda dengesinin bozulması halinde, ilkenin ortaya çıkardığı en doğal sonuç bu işlemin yapılmamasıdır.¹³ Bu noktada hakim, somut cezayı belirlerken mutlak bir takdir yetkisine sahip değildir. Failin suç niteliği taşıyan fiili ve bu fiil nedeniyle kusuru, orantılılık ve aynı suçu işleyen, aynı hukuki statüde bulunan bütün failer yönünden aynı uygulamanın yapılması; yani kanun önünde eşitliğin gözetilmesi gerekir. Ayrıca, gerekçe de bu konuda hakimin somut cezayı belirleme yet-

12 Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, Ankara 2015, s. 480.

13 Öztürk, Bahri vd. *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2007, s. 166, HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013, s. 30.

kisini, kanuni sınırlar içinde kullanıp kullanmadığını göstermek için kullanılan ölçütlerden birisidir.¹⁴ Belirlilik ilkesi ceza normunun açık olmasını gerektirirken, en önemli fonksiyonu hakimlerin keyfi davranışlarını önlemektir. Bu nedenle, ilkenin gözden uzak tutulduğu bazı suç tipleri açısından, düzenlemenin her yöne çekilebileceği üzerinde yoğunlaşan tartışmalar halen mevcudiyetini korumaktadır.¹⁵ Ne var ki TCK m. 61'i uygularken, daha belirli olan ve hakimin bağlı olduğu ölçütler, TCK m. 62'yi uygularken bulunmamaktadır. Hâkim, cezanın somutlaştırılması sırasında, takdir yetkisini elbette yasal gerekçelere uygun olarak kullanmak zorundadır. Ancak, bunu kullanabilmesi, yasal gerekçenin içeriğinin ve unsurlarının belirli olmasını gerektirir.¹⁶ Bu belirsizlik nedeniyle, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında orantılılık zarar görebilmektedir. Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışlarının mevcut haliyle değerlendirilmesi, fiil işlendikten sonra faile bir kapı açılması niteliğinde olabilecektir. Oysa ki yetkinin hukuk devleti ilkesine uygun olarak kullanılabilmesi için, normun içeriğinin doldurulması, sınırlandırılması ve sınırlar dahilinde de denetlenebilir olması gerekir. Bu durum, suç tespit edilen ceza normlarının açık bir biçimde belirlenmesi gereğinden bağımsız değildir. Bu nedenle, cezayı indirme yetkisi verilen normlar da aynı şekilde belirlenmelidir. Kötü bir anımsama olarak Almanya'da Nazi döneminde geçerli olan "halkın saf ve salim takdirine göre cezalandırılması gereken bir fiili işleyenlerin, buna dayanarak cezalandırılması"¹⁷ hükmü, bu belirsizlik nedeniyle, ceza hukukunu insanlık suçunun aleti konumuna getirilebilmiştir. Aynı hükmün, cezaların, hakim tarafından sanığın duruşmadaki hallerine, geçmişteki durumlarına, sosyal ilişkilerine göre indirilebileceği söylendiğinde de eleştirilen noktanın belirlilikten uzak olmak olduğu görülecektir. Hakimin değerlendirmesindeki en önemli mekanizmalardan biri, kararını gerekçelendirmesi ise takdiri indirim nedenleri ile ilgili olarak, değer yargıları ile yapılan "iyi" ve "kötü" gibi belirlemelerin, sübjektif bir yaklaşımdan kurtarılarak bir ölçütle değerlendirilmesine ihtiyaç vardır.

14 Birtek, Fatih, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, Ankara 2014, s. 352.

15 TCK m. 127 f. 1'de bulunan kamu yararı kavramı, TCK m. 305 f. 1'deki temel milli yararlar kavramları esnekler. Hakeri, Hakan, *A.g.e.*, s. 14.

16 Özbek, Veli Özer vd. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s. 693;

17 Hakeri, H., *A.g.e.*, s. 13.

2. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

a. Genel Olarak

Avrupa'da Aydınlanma'da, Krallık Dönemi'nin keyfi uygulamalarına karşı yapılan ceza kanunlarının sabit ceza sistemini benimsemesi ve hakimin elinin kolunun bağlanması¹⁸ dönemin yaygın anlayışı olan, hakimin ceza kanununu yalnızca uygulayan olarak kabul edilmesine dayanmakta idi. Suçların çok çeşitli şartlarda işlenmesi, kanunun somut olaya zamanla uygulanamamasına neden olmuş, bu durumun toplum vicdanını tatmin etmemesi neticesinde ortaya çıkan adaletsizlik duygusunu gidermek adına ilk olarak 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu, hakime alt ve üst sınırlar içinde bugün TCK m. 61'in sistematüğinde de aynı şekilde bulunan cezanın takdir edilme yetkisini vermişti. Onu izleyen 1824 ve 1832 tarihli kanunlar, takdiri indirim nedenlerini kurumsal olarak düzenlerken, ardılı olan XIX. Yüzyılda yapılan kanunlar bu sistemi takip etmişti.¹⁹

5237 sayılı TCK'da takdiri indirim nedenlerine, cezanın bireyselleştirilmesinin aracı olarak yer verilmiş ve TCK m. 62 f. 2 kapsamında bu nedenler; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların göz önünde bulundurulabileceği belirtilerek, örnekleme yolu ile düzenlenmiştir. Bu örneklemler incelendiğinde ilk etapta, fiil değil, "fail" temel alınarak belirlendikleri dikkati çekmektedir. Madde metninde kullanılan "gibi nedenlerin göz önünde bulundurulacağı ifadesi", bu konuda belirlilik bulunmaması karşısında, bu anılan nedenlerin tadadı olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Cezanın etkinliğı ve adillığı açısından tahdidi olarak düşünülmesi isabetli olacaktır.²⁰ *Metinde, çoğul olarak kullanılan ifadeler; bu konuda sınırlamanın nasıl yapılacağına ilişkin bir ölçüt içermemektedir.* Mevcut haliyle kanunun bu hükmü, 765 sayılı TCK m. 59 hükmünden farklılık arz etmektedir. Mülga 59. maddede takdiri indirim nedenleri uygulanırken, hangi sırada uygulanacağı gösterilmiş, mülga madde 29 f. 5 düzenlemesinde ise cezanın belir-

18 Fransız İhtilali döneminde 1791 ve 1793 tarihli Ceza Kanunları bu sistemi benimsemişti.

19 Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s. 493.

20 Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016, s. 368, 369.

lenmesinde uygulanan son neden olarak uygulanmadığı belirtilmiştir. Daha sonra cezada arttırımı öngören bir durum varsa tekerrür hükmü uygulanmakta idi. Ancak 5237 sayılı TCK'da tekerrürün cezayı arttıran bir neden olarak düzenlenmemesi karşısında, takdiri indirim nedeni olarak belirlenen neden, cezayı etkileyen son neden olarak uygulanmaktadır. Bu nedenle, Yargıtayın bu konuda denetlediği asıl şey, son neden olarak uygulanma hali ve bu konudaki sıralamaya uyulup uyulmadığıdır. Böylece, takdiri indirim nedenleri cezanın hesaplanmasında sonuca etkili değilse, bozma nedeni yapılmamaktadır.²¹ Bu doğrultuda cevaplanması gereken bir diğer soru, anılan her bir neden için ayrıca bir indirim mi yapılacağı, yoksa birden çok nedenin bir araya gelerek tek bir indirim mi yapılacağı sorusudur. İster tek bir neden, isterse birden çok neden içtima edilerek bulunsun, indirim bir kere yapılacaktır. Aksi, takdiri indirim kavramı ile çelişmek olur.²² İndirim nedenlerinin kararda gösterilmesi, gerekçe ilkesi bağlamında denetlenebilir olduğunu gösterse de bu denetimin neye göre yapılacağına belli olmaması da esasen bir ölçü sorununa işaret etmektedir. Kanun koyucu, işlenen suçun karşılığı olarak belirli bir cezayı alt ve üst sınırlarını göstererek tayin ettikten sonra, olayın özelliklerine göre hakime somut cezayı tespit yetkisi verse dahi, yaptırımın tamamen bireyselleştirilmesinden söz edilemez. Çünkü, bütün suçların gerçekleştiriliş şekilleri farklı olduğu gibi faillerin şahsi özellikleri, sosyal ve psikolojik halleri de birbirinin aynı değildir. Kanunda her zaman cezalar alt ve üst sınırlar arasında benimsenmemiş, kimi hallerde sabit ceza benimsenmiştir. Bu nedenle, cezanın etkili ve tatminkar olabilmesi için hakime takdir yetkisi verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Cezada arttırma yetkisi değil, indirme yetkisi verildiği için de bunun kanunilik ilkesine aykırı olmayacağı düşünülmektedir.²³ Adaletin dağıtımının bir merhamet meselesi haline getirilmesi ve hâkimin kanun koyucunun aciz kaldığı noktalarda, yerine geçerek söz konusu boşlukları doldurması ceza hukukunun yapısı ile çelişmektedir.²⁴ Hâkime verilen

21 Yerdelen, Erdal., A.g.e., s. 287.

22 Hafızoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, A.g.e., s. 369.

23 Artuk, Mehmet Emin vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*; Ankara 2016, s. 904.

24 Dönmezer, S. -Erman, S., (1999) *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: II, İstanbul: Der, s. 1109.

takdir yetkisinin gerekliliğine işaret edenler ise bu noktada takdiri indirim nedenlerinin önceden belirlenmesinin bazı adaletsizliklere yol açacağını belirtmektedirler. Örn. sanığın ikrarı, takdiri indirim nedeni sayıldığında, bu ikrarın pişmanlığın mı, utanmazlığın mı yüz-süzlüğün mü eseri olduğunu ayırt etmek gerekeceği, böyle bir tespiti ise kanun koyucu yapamayacağı için, bunun hâkime bırakılması gerektiği ifade edilmektedir.²⁵ Bir diğer eleştiri de hapis cezalarının süresini kısaltması ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara kaynaklık etmesi yönünden olsa da bu eleştirinin kurumun esasından çok makul bir şekilde kullanılmasını sağlamaya yönelik olmasıdır.²⁶

Temel cezanın belirlenmesinde bir ihtiyacın ürünü olan takdir yetkisinin kullanımı, İtalyan Ceza Kanunu'nda²⁷ da düzenlenmiştir. CPI m. 132 hâkimin cezayı tayin ederken sahip olduğu takdir yetkisini açıkça düzenlenmektedir. Bu yetki 133. madde uyarınca kullanılacak, hâkim buna göre önce objektif kriterleri gözetecek, bunların yanı sıra, kastın yoğunluğu, taksirin derecesi gibi ölçütleri göz önünde tutarak, fiilin ağırlığını (“gravita del reato”) değerlendirecektir. (CPI m.133/l) Sübjektif kriterler ise 133 üncü maddenin 2 inci fıkrasında, “Capacita a delinquere del colpevole” (failin suç işleme yeteneği) kavramı altında ele alınmış olan bugün faile bağlı olan kriterlerdir.²⁸ CPI m. 133’de yer alan failin kişisel durumuna ilişkin bakış açısı bizde yer alan düzenlemeye yakın parametrelerle temsil edilmektedir. Buna göre; suçun nedenleri ve suçlunun karakteri, cezai ve adli emsaller ve genel olarak suçlunun suçtan önceki davranış ve yaşamı, suçla aynı anda veya suçtan sonraki davranışı, failin bireysel, ailevi ve sosyal yaşam koşulları ile suça teşebbüs halinde meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı hâkim takdir ederken göz önünde bulundurulacaktır. Bu bakış açısı, İtalyan Pozitivizminin yarattığı bir durum olsa da, bugün öncelikle cezanın kusura uygunluğu (“retribuzioneproporzione”) olarak yorumlandığı için²⁹ değer-

25 Naklen Artuk, Mehmet Emin vd., A.g.e., s. 904.

26 Naklen Artuk, Mehmet Emin, A.g.e., s. 905.

27 İtalyan Ceza Kanunu (Codice Penale Italiano), metinde CPI olarak kullanılacaktır.

28 <https://www.iusinitinere.it/i-criteri-di-valutazione-di-cui-allart-133-c-p-24684> (ET: 15.05.2021); <https://www.altalex.com/documents/news/2014/02/20/della-modificazione-applicazione-ed-esecuzione-della-pena> (ET. 10.05.2021)

29 Jescheck, Hans Heinrich, “*Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/artic->

lendirme, kusurla birlikte ele alınarak yapılmaktadır. Bunda amaç, somut olay adaletinin sağlanabilmesi için, fiilden sonra somut olaya faili ve birtakım özellikleri tabir yerinde ise giydirmektir. Ancak, TCK açısından bugün gelinen noktada takdiri indirim nedenlerinin TCK m. 62’de tanınmış ve belirlenmiş olmasına rağmen, somut olay adaletinin sağlanamadığına ilişkin, mevcut toplumsal tepkinin varlığı, konu üzerinde düşünmeyi ve kaynağına inmeyi gerektirmektedir.

b. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması

Bütün suçların gerçekleştirilme şekillerinin birbirinden farklı olması, sosyal ve psikolojik etmenlerle fiil ve yaptırım arasında denge kurulabilmesi ihtiyacının giderilebilmesi; hâkimin sanığın içinde bulunduğu durumu, bu durumun doğurduğu etkileri değerlendirebilmesi, kuşkusuz adalet duygusunun bir gereğidir. Hâkim, bu durumda, kendisine sağlanan olanaklar ölçüsünde, takdiri indirim nedeni olarak bazı hususları değerlendirebilir. Bu bakımdan, takdiri indirim nedenlerinin, her suç bakımından uygulanabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. TCK m. 62’de kullanılan “gibi nedenler” şeklindeki ifadenin sonucu olarak, 5237 sayılı TCK’nın takdiri indirim nedenleri yönünden, serbest değerlendirme sistemini benimseydiği kabul edilmektedir.³⁰ Bu konuda, yetki tamamen hakime tanınmış ise de Yargıtayın farklı birtakım içtihatlarında, takdiri nedenlerin uygulanmasını TCK m. 61 f. 2’de yer alan “hâkimin bu nedenleri göz önünde bulunduracağı” lafzının dışına çıkararak, bir zorunluluk olarak değerlendirildiği de görülmektedir.³¹ Hâkim, gerekçesini belirterek bu nedenleri uygulayabilir ya da uygulamayabilir.³² Bu nedenler, diğer tüm nedenler; teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, ceza indirimi yapılmasını gerektiren şahsi nedenler

le-file/95936, (ET: 20.05.2021)

30 Şen, E., <https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html>, (ET: 15.05.2021) Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 09.04.2019 tarihli, 2019/276 E. ve 2019/2151 K. sayılı kararına göre; takdiri indirim nedenleri sayıldıktan sonra kullanılan gibi ifadesi ile bu nedenlerin TCK’da sayılanlarla sınırlı olmadığı aksine bunların örnek olarak belirtildiği açıkça vurgulanmıştır. Burada sayılan ‘failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri’ gibi nedenlerin, uygulamada sınırlayıcı değil yol gösterici nitelikteki gerekçeler olduğu belirtilmektedir.

31 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 285, 286.

32 Doğan, Koray, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2007, C: 2 S: 4, Ağustos, s. 296.

uygulandıktan sonra, en son neden olarak uygulanır. TCK m. 62 f. 1 hükmüyle yalnızca hürriyeti bağlayıcı cezalardan değil, aynı zamanda para cezalarından da bir indirim öngörülmektedir.

Takdiri indirim nedeni, ceza belirlendikten sonra en son aşamada cezanın sanığın kişiliğine uydurulması ve cezanın bireyselleştirilmesinin bir amacı olarak düzenlenmiştir. Somut olayda, gerekliliği nispetinde kaçınılmazdır. Ancak bu durum, elimizde birçok makasın ve kesebilmek yetisinin bulunması örneği üzerinden, kesme eylemini hâkimin elinde tek başına ölçülü ya da gerektiği kadar olacak bir miktara taşıyacağı anlamına gelmemektedir.

aa. Failin Geçmişi

Failin geçmişi, takdiri indirim nedeni için bir kriter olarak düzenlenmiştir. Genel olarak buradan, failin suç işlemeyen önceki yaşama biçimi, sabıkasının olup olmadığı, yaşam şartları, suça eğilimi, fiili gerçekleştirilmeden kısa bir süre önceki yaşama biçimleri, kazanılan liyakat, kamuya yararlı kuruluş kapsamında çalışmalarını gibi genişletilebilecek pek çok hal anlaşılabilir.³³ İşlenen suç ile failin geçmişinin uyuşması halinden bahsedilmekte ise de bu haller nitelik olarak birbirinden farklıdır. İşlediği suç ile geçmişteki suçun aynı neviden olup olmayacağı, yahut failin geçmişte işlediği suçun kasıtlı mı taksirli mi olduğu konusunda bir belirleme yoktur. Şayet bu suç taksirli bir suçsa, neye dayanarak yeni işlediği taksirli suçta takdiri indirime engel sayılmayacağı konusunda da bir belirleme bulunmamaktadır. Bütün bir geçmiş hayat elbette hesaba katılmaz. Burada mesele, failin karakter yapısının tespiti ve suç işlemeye eğilimi ise suç işlemeye eğilimi üzerinde pek çok faktör bulunduğu bilinmektedir. Örneğin, fırsat suçluları adı verilen grup ilk kez suç işlemiş olabileceği gibi, alışık olma durumu bir eğilim olarak da ortaya çıkabilir.³⁴ Burada ulaşılmak istenen, failin önceki fiili ile sonraki fiili arasında ihlal edilen hukuki konu yönünden bir akrabalık ise örn. vücut dokunulmazlığına karşı suçlar; bu başlık altında çok farklı suçlar bulunmaktadır. Bunun cezanın belirlenmesine ne şekilde etki ettiğinin ortaya konulabilmesi ise tamamen bireysel

33 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s.289.

34 Soyaslan, Doğan, *Kriminoloji*, Ankara 2015, s. 191.

olup, bunu ortaya çıkarmak takdiri bir mesele değil, bilimsel bir meseledir. Belirlenmesi gereken, tek başına failin bu şartlara bağımlı olarak hareket edip etmediği ve iradesine yön verme yeteneğidir. Bu noktada failin önceki mahkumiyetinin hâkimin takdir yetkisinin kullanılmasına mutlak bir engel oluşturup oluşturmadığı konusu da belirsiz olup, tamamen uygulayıcının elinde şekillenecektir. Belirleme yapılırken kullanılabilen iyilik, doğruluk, erdem gibi kavramlar ise tamamen sübjektif olup değerlendirenin bakış açısına bağlıdır. Daha önce işlenmiş suçun tekrarlanması, tekrarlanan hukuka aykırı davranış olarak nitelenince, failin iç dünyası hakkında bilgi vermektedir. Bunun, kusurun yoğunluğu bağlamında değerlendirilip, cezanın takdiren indirilmemesi, kusur belirlemede somut olayın dışına çıkılması, fiillerin aynı yargılama içinde kalmaması da demektir. Değerlendirilmesi gereken hukuka aykırı fiildir. Daha önceki suçun zamanaşımına uğraması, suç olmaktan çıkarılması, iade talebi kabul edilmeyen suçlardan olması durumlarının da failin aleyhine değerlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Yine, failin alkolizm, uyuşturucu gibi bazı bağımlılıklarının bulunması ancak tedavi alıp iyileşmiş olmasının da cezaya ne derece etki edeceği belirsizdir.

Buradaki bir diğer mesele, fiil ceza hukuku anlayışı ile failin geçmişinin değil, suçun işlenme anındaki kusurluluğunun esas alınmasıdır. (Subjektiflik ilkesi) Failin başka bir suçunun, başka bir olayda cezanın belirlenmesine etki etmesi, yargılamanın, konusunu oluşturan fiille sınırlı olması ilkesine aykırıdır. Yine bir başka sanık hakkında kesin hükümle sonuçlanmayan bir başka yargılama bulunup, hükme esas alındığında masumiyet karinesi de ihlal edilmiş olacaktır.³⁵ Hukuk devleti niteliğini taşıyan bir devlette, bir kimsenin cezai sorumluluğu yönündeki değerlendirme, fiil ve fail hakkındaki genel izlenime dayalı olarak verilemez. Bu nedenle, kusurluluk tespiti, failin somut olayda işlediği fiille ilgili olarak yapılmalıdır.³⁶ Bilindiği gibi modern ceza hukukunda, objektif sorumluluk halleri istisnaidir. Bugün fail ceza hukuku değil, fiil ceza hukuku geçerlidir. Cezalandırmanın temelini, failin kişiliği veya sürdürdüğü sosyal ya-

35 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 291.

36 Artuk, Mehmet Emin vd. (2016), A.g.e., s. 13.

şam şekli değil, kanunda yaptırım altına alınan haksızlık oluşturur ki kanunilik ilkesinin asıl anlamı da budur. Failin geçmiş yaşamı ve sürdürdüğü hayat, fail ceza hukuku anlayışını çağırmaktadır. Ceza, kusurun derecesini aşamayacağı gibi failin hak ettiğinden az da olamaz³⁷

bb. Failin Sosyal İlişkileri

Failin içinde bulunduğu şartların kişilik özelliklerinin ortaya çıkmasına etkili olduğu yaklaşımı, aslında insan iradesini kalıtım ve doğumdan başlayarak içinde bulunduğu şartlardan ayırmayı mümkün saymayan bir pozitivist bakışı yansıtmaktadır. İnsan, irade ve akıl sahibi iken, kendini bu manada yetiştirdiği kültürel çevrenin dışına çıkarak geliştirmesi ve yetiştirmesi, şartlara tek başına bağımlı olmaması mümkündür. İnsanı, iradesinden soyutlayıp, şartların esiri yapmak sağlıklı bir bakış açısı değildir.

Failin sosyal ilişkilerinin, takdiri indirim nedeninin uygulanmasında dikkate alınması gerektiği belirtilse de tek başına bu durum dahi ceza hukukunun temel prensiplerinden eşitlik ilkesine aykırıdır.³⁸ Bu bakış açısı altında, aynı suçu işleyen makam ve mevki sahibi biri ile gettoda yaşayan birinin ceza tayini farklı olabilecektir. 765 sayılı TCK döneminde E: 1994/92 K: 1995/14 ve 20.06.1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına konu olan bu durum, aynı durumda olanların, aynı düzenlemelere tabi olması gerektiği, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit oldukları ancak uygulanmaları sırasında ortaya çıkan farklılıkların, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı şeklinde değerlendirilmişse de aynı kararda, cezaların miktarının saptanmasının, hiçbir ölçüt getirilmeden tamamen yargıcın takdirine bırakılmasının, takdirin genişliğine paralel olarak, hataları çoğaltacağı gibi, kişisel takdirler sonucu aynı suç için çelişkili sonuçlar doğabileceği de dikkat çekici bir şekilde dile getirilmektedir.³⁹ Örneğin, failin kamu görevlisi olması, kanunda ayrıca bir nitelikli hal olarak düzenlenmemişse ancak 61. madde kapsamında göz önünde

37 Artuk, Mehmet Emin vd. (2016), A.g.e., s. 13,14.

38 Doğan, Koray, A.g.m. s. 297.

39 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1995-14-nrm.pdf> (ET:15.05.2021)

bulundurulabilir. Zira, kamu görevlisi olmak bir sosyal ilişkiyi ifade etmemektedir.⁴⁰

Aynı suçu işleyenler için suçun işleniş şekil ve şartlarını, suçlunun kişiliğini, onu suça iten nedenleri göz önüne alma olanağını değerlendirmeden, değişmez cezaların öngörülmesi, yargıcı sadece maddede yazılı cezayı bildiren bir konuma sokarak, cezanın kişiselleştirilmesi olanağını önleyecektir.⁴¹ Şüphesiz bu bir ihtiyaçtır. Ancak, buradaki temel mesele, değerlendirmede esas alınacak olan kriterin aynı durumda olan, aynı fiili işlemiş, iki fail açısından, farklı hakimlerin değerlendirilmesi sonucu, farklı takdirlere yol açabilme riskidir. Bunun önünde, halen mevcut bir engel bulunmamaktadır. Uygulanması sırasında, failin sosyal durumunun cezanın kişiselleştirilmesinde de önem arz eden, failin sosyal ilişkileri, objektif ve sübjektif koşulları ifade etmektedir. Örn. akademisyen olan failin, akademisyen olan eşine açtığı boşanma davası sonrası, intihal iftirası attığı ve ceza aldığı olayda, failin sosyal ilişkileri lehe mi değerlendirilmeli yoksa değerlendirilmemeli midir?⁴² Bu bağlamda failin psikolojik, sosyo-psikolojik durumu, alışkanlıkları, geliri, eğitim ve öğrenimi, mesleği gibi durumlar tek bir düzlemde bulunmamakta, objektif ve sübjektif koşulları ifade etmektedir.⁴³ Kaldı ki failin burada irade ve imkanı sınırlı olduğu için, sosyal ilişkilerinin yargılama sürecinde tüm yönleriyle de değerlendirilmesi mümkün değildir.⁴⁴ Bu sebep, CPI m. 133 f. 2'de son sırada incelenmekte ancak aynı maddenin 3. fıkra düzenlemesinde, yargıcın takdir yetkisinin düzgün kullanımı, yargısal tedbirlerin kullanımının anayasal sınırları ile İtalyan Anayasası m. 111'e atıf yapılarak belirlenmiştir ki İtalyan Anayasası'nın 111-113. maddeleri arasında yargı yetkisinin kullanımına ilişkin Anayasal kurallar yer almaktadır.⁴⁵ Bir ceza hukuku kuralının ayrıca Anayasa'ya atıf yapması olsa olsa bu konudaki uygulamanın ne kadar titiz yapılması gerektiğine duyulan bir ihtiyacı yansıtmaktadır.

40 Hakeri, Hakan, A.g.e., s. 665.

41 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1995-14-nrm.pdf> (ET:15.05.2021)

42 <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/akademisyen-ciftin-akilalmaz-bosanma-seruveni-41817912> (ET:25.05.2021)

43 Doğan, Koray, A.g.m. s. 297.

44 Önder, Ayhan, A.g.e., s. 559.

45 <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf> (ET:15.05.2021)

cc. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Davranışları

Bazı olumlu hareketler olarak ele alabileceğimiz failin fiilden sonraki davranışları, cezanın belirlenmesi kriterleri arasında sayılmamış, yalnızca takdiri indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Hakim, gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık halleri dışında, failin gerçekleştirdiği suç sonrası oluşan zararı giderme, teslim olup delillerin ortaya çıkmasına sebep olma, mağdurun hastane masraflarını karşılama gibi olumlu hareketleri takdiri indirim sebebinin uygulanması için değerlendirebileceken, taksirli fiilden sonra olay yerinde mağduru bırakarak kaçma, delilleri gizleme gibi olumsuz hareketleri ise takdiri indirim sebebinin uygulanmamasına etki edecek şekilde değerlendirebilecektir.⁴⁶ Bu bakımdan, yaraladığı kişiyi olay yerinde bırakan fail ile yaralının yardım almasını engellemek amacıyla cep telefonunu uzağına koyan fail arasında ayırım yapılması gerektiği⁴⁷ failin ikrarının bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.⁴⁸ Uygulamada failin suçunu itiraf etmesi, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmekte⁴⁹ ise de suçun ikrarına fiili sonuç bağlanması bundan dolayı sanığın susma hakkının kullanılamaması, hem savunma hakkının kısıtlanması hem de suçun inkarına da sonuç bağlanması anlamına gelebileceğinden AY m. 38 f. 5'de ifade bulan "Hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı" hükmüne de aykırılık oluşturacaktır.⁵⁰

Bu noktada, kanuni indirim nedeni olan etkin pişmanlık ile takdiri indirim nedeni olan, suç sonrası olumlu davranışların birbirine karıştırıldığı ifade edilmektedir.⁵¹ Suç yolu kapanmadan önce, fiilin suçun konusu üzerindeki etkisi, suç tanımı içerisinde zarar ve tehlike olarak değerlendirilirken referans alınan ölçü hukuki men-

46 Doğan, Koray, A.g.m., s. 297.

47 Yerdelen, Erdal, A.g.e, s. 295.

48 Doğan, Koray, A.g.m., s.298.

49 Yerdelen, Erdal, A.g.e, s. 298.

50 Bu durum yargılama faaliyeti sırasında öngörülen aşamalarda gerçekleşmiş ise etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilir olup olmadığı denetlenir. Yine TCK m. 61 f. 5 uyarınca şahsi indirim nedenleri içinde değerlendirilir. Çifte değerlendirme yasağı da bu aşamada değerlendirilmesine engeldir.

51 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 298.

faattir. Böylelikle suç tanımı içinde haksızlığın sınırları tespit edilebilir.⁵² Ancak, suçun işlenmesinden sonra, failin yaptığı davranışların, suçun konusu üzerinde etkili olup olmadığının tespit edilmesi olanaklı değildir. Haliyle olumlu davranış olarak nitelenebilecek bu davranışlar için hâkimin keyfi davranamayacağı, bu durumda gerekçe göstermek zorunda olduğu, keyfi davranmak isteyen hâkimin her durumda her zaman keyfi davranabileceği savları ileri sürülse de⁵³ Yargıtayın burada yaptığı denetimin, TCK m. 62’de bir ölçüt bulunmaması nedeniyle, madde bağlamında mevcut koşulların ismen belirlenmesi ile sınırlı yapılan bir denetim olduğu düşünüldüğünde soru işaretleri barındırması kaçınılmazdır. Bir örnek olması açısından Yargıtayın bozduğu bir yerel mahkeme kararında, sanığın olaydan sonra kaçması ve iki yıl sonra yakalanması ve suçunu saptırmak istemesi gibi olguları, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması için gerekçe gösteren yerel mahkemenin kararını Yargıtay, içerikten dolayı değil, dayanağın gösterilmemesi nedeniyle bozmuştur.⁵⁴ Yine bir başka kararında sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkilerin değerlendirilmesini istemiş, bunlar değerlendirilmediği için takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasını bozma sebebi yapmıştır.⁵⁵ Konuyla ilgili bir başka karar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne geldiğinde yerel mahkemenin kararının önceki aşamada makullük ve makbulük kriterleri ile ele alınmaya çalışıldığı ve aynı zamanda dayanak yapılarak bozulduğu anlaşılmaktadır. “Nitekim Ceza Genel Kurulu’nun 27.09.2011 gün ve 122-187 sayılı kararında da benzer hususlara işaret edilmiştir. Bu açıklamalar ışığında somut olayda bozmaya konu edilen karar, takdiri indirim uygulanmasının ‘makul’ ve ‘makbul’ olup olmadığı anlamında değerlendirilerek; suçun işlenme biçimindeki hususiyetler, toplumda meydana getirdiği tepki ve infial, kamu vicdanını rencide edici niteliği ile birlikte nazara alınarak, takdiri indirime müstehak görülmeyen sanık lehine, hak etme-

52 Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s. 159-161.

53 Soyaslan, Doğan, (2018), A.g.e., s. 493.

54 Hakeri, Hakan, (2013), A.g.e., s. 665.

55 09.03.2011 Tarih ve E: 2010/25675, K. 2011/2791; <https://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/yargitay-ceza-genel-kurulu-karari-takdiri-indirim-nedenleri-h7452.html> (ET: 01.05.2021)

diği halde takdiri indirim uygulanmasına karar verilmesi ve eksik cezaya hükümlenmesi” nedeniyle hüküm bozulmuştur.⁵⁶ Makullük ve makbüllük kriterleri dışındaki değerlendirmeler isabetli olsa da bu değerlendirmeler de kanundan kaynaklanmayan, değerlendiren makamın iradesiyle ilgili değerlendirmelerdir. Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarının, takdiri indirim nedeni olarak gösterilmesi karşısında, bu bozma hükmünün takdiri nedenlerin uygulanması konusunda hâkimleri bağlayıcı bir şekilde yorumlanmasına götürmesi ihtimali bir tarafa, makul ve makbul olma kriterlerinin de bu konudaki ihtiyacı karşılamakta yetersiz olduğu açıktır. Bu haliyle gerçekten değerlendirilmesi gereken, anılan örneklerle duruşmaya düzgün giyinerek gelmesi, kravat takması ve uyumlu, efendi tavır sergilemesi arasında bir denge kurulamayacaktır. Çünkü duruşmanın düzeni ve kuralları CMK m. 203-205’de belirlenmiştir.

dd. Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri

Burada bazı olası etkilerden bahsedilmekte ise de faile verilecek hapis veya para cezasının infaz edilmesinin failin geleceğini etkilememesi düşünülemez. Cezanın özel önleme bakımından amaçlarından biri de failin bu etkiyi değerlendirerek suç işlemesinin önüne geçmektir. Bu aşamada failin ve ailesinin uğrayacağı olası zararların dikkate alınması gerektiği, örneğin yaşlılık nedeniyle hayat beklentilerinin azlığı, kanser, hapishane psikozu gibi değerlendirme gerektiren durumların cezanın etkisi bakımından farklı değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği belirtilmektedir. Ancak, bu durumun tespitinin nasıl yapılacağı da bir başka sorundur. Somut cezada bu şartların belirlenmesi bakımından da elimizde bir ölçüt bulunmamaktadır. Örneğin, ölüm ihtimalini bekleyen bir failin ihtimali ile hayatının kalan süresi arasında algoritmik bir ilişki kurulması mümkün değildir. “Bunun için özgür geçireceği süre dahilinde normal şartlarda, bu sürenin ne kadar kaldığının bilinmesi gerekir. Tek başına değerlendirme yapabilmek için yeterli olmayan bu durumun indirime gerekçe oluşturabilmesi için ise bir kanuni indirim nedeni

⁵⁶ Şen, Ersan, <https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html> (ET:15.05.2021)

bulunmalıdır.”⁵⁷ Madde metninde kullanılan soyut ifade, uygulama açısından bu oranın nasıl bulunacağı konusundaki sorunu çözmeye yeterli değildir. Takdiri indirim nedenlerinin bir cezasızlık nedeni olmadığı unutulmamalıdır. Her fail, suç işlemeyen önce özgürlüğünden yoksun kalacağını ve bunun geleceği üzerindeki olası etkilerini bilmek durumundadır. Ceza alan failin geleceği, bundan cezanın az ya da çok olmasına bağlı olmaksızın olumsuz olarak etkilenecektir. Ancak, kanunun düzenlemesi karşısında, failin alacağı cezanın takdiri indirim oranı kadar indirilmesi, failin geleceğinde karşılaşacağı olumsuz etkileri azaltacak ise bu indirim oranının uygulanması gerekecektir. Bu nedenlerin birden fazla bulunması durumunda, failin cezası, birden fazla değil, bir kez indirilebilecektir.⁵⁸

Cezanın, failin geleceğine etkileri anlamında, yalnızca ceza huku-ku açısından değil, hukuki durumunun karşı karşıya kalacağı tüm etkiler; hapis cezası, adli para cezası, ıslah, denetim tedbirleri, müsadere vb. açısından değerlendirilmelidir.⁵⁹ Temel ceza tayininde ceza belirlenirken suç tipinde gösterilen seçenekli iki tür cezadan birini hakim seçebilir. Yine, alt ve üst sınırı gösterilen, gerek para, gerekse hürriyeti bağlayıcı cezada hakim, bu iki sınır arasında temel cezayı tespit edebilir. Bu, hakime tanınmış bir hak değil, bir yetkidir. Kullanılma şartları belirlidir. Ancak, takdiri indirim nedenleri konusunda bu belirlilik bulunmamaktadır.

ee. Diğer Takdiri İndirim Nedenleri

Kanunda gibi nedenler ifadesiyle değerlendirilen bu durum için takdiri indirim nedenlerinin sınırlı olmadığı ve geniş olarak yorumlanarak benzeri nitelikte nedenlerin de bu kapsamda ele alınabileceği anlaşılmaktadır. Metinde ele alınan nedenler faille ilgilidir. Burada en önemli sorun, belki fiille ilgili olarak değerlendirilme olanağı bulunan nedenlerin de burada değerlendirilebilmesidir. Konuya ilişkin madde metninde bir sınır bulunmaması karşısında, fiile ilişkin daha önce ele alınmış bir neden varsa çifte değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenler arasında gençlik he-

57 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 302.

58 Doğan, Koray, A.g.m., s. 298.

59 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 303.

yecanı, tecrübesizlik, toplu hareket etme güdüsü, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer açmayacak derecede suça mağdurun sebep olması gibi⁶⁰ nedenler düşünülebilir.

3. CEZA NORMUNA UYMA REFLEKSİ AÇISINDAN FİİLLE İNDİRİM ARASINDA DENGE NASIL SAĞLANMALIDIR SORUSUNA CEVABEN ÖLÇÜT

Hukuk kurallarının özelinde ceza hukuku kurallarının devlet destekli bir yaptırım tehdidi içermesi ve kuralların yürürlüğünün yaptırımla sağlanması, kuralın ihlali halinde öngörülecek ceza ve uygulanacak zorlamanın yerine getirilmesidir.⁶¹ Bilindiği üzere, yaptırım tehdidinin en sert görüldüğü alanlardan biri ceza hukuku kurallarıdır. Ancak, zorlayıcılık ya da cebrin, kuralın temel unsuru sayılması ve kurala uyma davranışının salt yaptırımla ilişkilendirilmesi, uyma davranışının tam olarak açıklanamamasına da neden olmaktadır.⁶² Hart tarafından ileri sürülen yaklaşımda, uyma refleksinin kuralın ihlal şartına bağlı olarak uygulanışından öte, kuralın fiili olarak uygulanışının aslında kuralın içselleştirilmesi sonucu ortaya çıkmasını sağladığını ileri sürmektedir.⁶³ Bunun anlamı, kurala sırf yaptırım tehdidi nedeniyle uyulmamasıdır. Bu, ceza normu tarafından çeşitli ve caydırıcı olması beklenen yaptırımlarla donatılan kuralların neden uyma refleksi ile karşılanmadığını, aynı zamanda bazı hukuk kurallarının neden diğerlerine göre daha yüksek düzeyde içselleştirildiği de açıklamaktadır.⁶⁴ Kuralın içindeki değerlendirme, değerlendirmeye dayalı uyum ve kabul etme sonucu kurala uyma davranışı yapılmaktadır.⁶⁵ Belki de şiddeti yasaklayan normların ve bu normlara ait yaptırımların ceza kanununda bulunmasına rağmen, neden artan bir şekilde uymama refleksinin devam etmesinin cevabı da burada gizlidir. Cebir, tek başına kuralı içselleştirmeyi ve ardından oluşacak uyma refleksini, aynı düzlem üzerinde sağlaya-

60 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 306.

61 Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1996, s. 41.

62 Topuzkanamış, E., (2019), *Hukuk ve Disiplin*, İstanbul; Zoe, s. 111,112.

63 Gibbs, J., "Hukuk Tanımları ve Ampirik Sorunlar", Çev. Tefvik Özcan, İÜHF.M., C: 53, S: 1-4, Y: 1990, s. 305.

64 Gibbs, J. A.g.m, s. 307.

65 Gibbs, J., A.g.m, s. s. 308.

mamaktadırlar. Çünkü, kendisine olağan bir şekilde uyulan kurallar, bu yöndeki uyma reflekslerinin sonucu olarak kuralın uygulanmasıyla ilişkilidirler.⁶⁶ Bu yapı içerisinde, failin geçmişi, sosyal ilişkileri ile işlediği fiil arasındaki uzak bağlantının değerlendirme kriterlerine yansımaları bir dereceye kadar normal kabul edilebilir. Ancak, suç oluşturan fiil işlendikten sonra, failin sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları olarak nitelenen yine failin geleceği üzerindeki olası etkilerin hakim tarafından bir takdiri indirim nedeni olarak ne şekilde göz önünde bulundurulacağı belirsizdir. Her ne kadar bu dayanakları hakim gerekçede göstermek zorunda olsa da bu konudaki ölçü norm anlamındaki boşluk, bu takdirin nasıl doldurulacağı konusundaki boşlukları, gerekçeyle dahi doldurmaya yetmemektedir. Yerel mahkemeler, halen duruşmaya gelmeyen sanığın duruşmadaki iyi halini takdiri indirim nedeni olarak netice cezayı indirmekte kullanabilmektedirler.

Bir mantıki ilişki şekli olarak normatif kapsamlı cümlelerden uyumsuzlukla ilgili bağlayıcı sonuçlar çıkarılması, muhakemenin amacını yansıtmaktadır. Mantıki usavurmada, büyük önerme ile küçük önerme arasındaki ilişki, değer yargılarından arındırılmış ve parçanın bütünden küçük olduğu bir ilişki biçimidir. Bu bir sıralamadır ve bu sıralama içindeki ilerlemede parça ile bütün yer değiştirdiğinde ve yahut yerine değer yargısı getirildiğinde, ortaya tutarsız sonuçlar çıkacaktır.⁶⁷ Örn. bütün insanlar ölümlüdür. Sokrates bir insandır ve Sokrates ölümlüdür derken, doğru değeri veren bir önermede akıştaki ilk cümle duruşmaya katılım gösteren ve hal ve tavırları ile saygılı davranan her sanık takdiri indirim nedenlerinden yararlanır öncülü ile değiştirildiğinde, ortaya tutarsız bir o kadar da psikolojik manada ikna edici bir sonuç çıkacaktır. Şüphesiz bu ikna edici yön oldukça tehlikelidir. Mevcut düzenlemede öncülün bu şekilde belirlenmesini önleyecek bir ölçüt yoktur. Ancak öncülün olmaması bu tehlikeyi ortadan kaldırmamakta bilakis muğlaklık bir silaha dönüşebilmektedir. Bunun aksi ve tutarlı bir yaklaşımı normun içeriğiyle gerekçelendirilebilir için normun içeriği uygun şekle getirilmelidir. Zira hâkimin, değer yargısından arındırılmış bir önermeyi, akışta ikinci sıraya

66 Topuzkanamış, Engin (2019), A.g.e., s. 112.

67 Güriz, Adnan, A.g.e., s. 77,78.

koyup netice olarak bağlayıcı bir sonuç çıkarması ve sonuç cezada bir indirme nedeni olarak bunun uygulanabilmesi için, ilk öncülün objektif kriterlerinin kural anlamında konulması önemli ve gereklidir. Çünkü, hukuk kuralının büyük önermeye uygulanabilmesi neticesinde ulaşılmak istenen sonuç, bireysel bir sonuç değil, hukuk normunda belirtilen sonucun somut olaya uygulanması olmalıdır. Yine bu muhakeme, bir somut olay bulunduğunda ve normu karşıladığında tutarlıyken, bunun yerine örn. duruşmadaki hal gibi belirsiz bir durum geldiğinde tutarsız bir değer taşıma olasılığını çok yüksek oranda barındırabilecektir. Çünkü; ceza normu, somut olaya uygulanırken birçok açıdan bir belirleme içerecektir. Kast, taksir, bilinçli taksir, olası kast, özel kast, hareket, netice ve nedensellik bağı gibi. Bütün bir muhakeme faaliyeti titizlikle bu açılardan değerlendirilerek, maddi gerçeğin gerçekleşip atılı normun sübut bulup bulmadığı tespit edilirken yine muhakeme faaliyeti sırasında belirlemenin mümkün olmadığı noktalarda da şüpheden sanık yararlanacaktır. Somut olayın gerçekleşmesi ve atılı normun uygulanması açısından geçerli olan bu süreç, takdiri indirim nedenlerinde olmadığı için, haliyle burada somut olay değil, salt durum olarak belirlenen statik ifadeler üzerinden gidilmek durumunda kalınmaktadır. Örnek olarak 2018 yılında gerçekleşen olayda Avusturya’da yaşayan eski bir polis olan fail bir üniversite öğrencisini ellerini kollarını bağlamak suretiyle bıçaklamış, yaraların niteliğinden direndiği anlaşılan maktülü boğazını keserek öldürmüş, öldürdükten sonra Türkiye’de yakalanmış ve yargılanmış ancak mahkeme hakkında, duruşmadaki iyi halini gözeterek müebbet hapis cezasını 25 yıl hapis cezasına indirmiştir. Somut olayda cinayeti işleyen fail, maktülün yakınlarına cinayeti işledikten sonra iyi olduğu şeklinde bir hikaye uydurmuş, kendisi teslim olmamış ve maktül üzerinde DNA kalıntıları bulunup sonuçlar çıkana kadar da cinayeti işlediğini inkar etmiştir. Yani en ufak bir pişmanlık belirtisi göstermemesine rağmen, gerekçeli kararda yerel mahkeme sanığın duruşmalardaki iyi halini ve geçmişini indirim gerekçesi olarak kullanmıştır.⁶⁸ Hukuki usavurmanın bu manada günlük hayatla da yakından ilişkisi vardır. TCK m. 62 f. 2’de belirtilen “yargılama

68 <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202102031043719514-muebbet-alan-eski-polisin-cezası-25-yıla-indirildi-kravat-takip-iyi-hal-indirimi-aldi/> (ET: 31.03.2021)

sürecindeki davranışları” ve “cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” tabirlerinin içeriklerinin doğru şekilde belirlenmesi, hukuk kuralının sağlıklı uygulanabilmesi için hayatidir. Bunun aksini düşüneneler için her şey yolunda ise normun içindeki değeri temsil eden ve insanda var olan adalet duygusunun, tüm bu düzenlemelere rağmen neden tatmin olmadığı sorusu, cevaplanması gereken bir sorudur. Şüphesiz, buna verilecek tatmin edici cevap, bu belirlemenin subjektif değil, ancak objektif olması ile mümkün olacaktır. Hâkimin takdir yetkisi, tasvir edici nitelik taşıyan somut olayın belirlenmesinden sonra, olaya uygun hukuk normunu veya normlarını araştırmakta önem taşısa da burada anılan durum bundan farklıdır.⁶⁹ Takdiri indirim nedeni medeni hukukta olduğu gibi bir boşluk doldurma yöntemi değil, aksine vaka hakiminin faile uygun cezayı belirlerken kullanması gereken araçlardan biri olmasının doğal sonucudur.⁷⁰ Bu nedenle, takdiri indirim nedenlerinin adalet dağıtmanın rasyonalitesi karşısında, vicdan ve merhamet sorununa dönüşmesi nedeniyle adalete olan güveni sarstığı belirtilmektedir.⁷¹ Alt derece mahkemesinin asıl görevinin somut olayın; sanık ve tanık beyanlarının toplanması ve tasvir edilmesi, üst derece mahkemesinin görevinin ise hukuki soruna, yani hukuk kuralının doğru uygulanıp uygulanmadığına ilişkin bir yön olması⁷² karşısında, bunun yerine getirilebilmesi, objektif ve ölçü oluşturan ifadeler için tutarlılığı sağlayan bir ölçüt koymak gerekmektedir. Mevcut haliyle, TCK m. 62 f. 2’de ölçü, normun kendisi olduğu için uygulayıcının denklemine göre şekillenebilme ihtimalini barındırmaktadır. Peki, tüm bunlar karşısında uygulanması gereken yerin doğru tespiti nasıl olacaktır? İnfial uyandıran, işlenme şekli itibari ile azılı birçok suçta kravat indirimi diye anılan indirimin uygulanmasının da önüne geçecek, kararlarda tutarlılığı sağlayacak bir mekanizmanın kurulması ile mümkün olabilir. Bir kararda haklı olarak uygulanmalı derken, bir başka kararda takdir yetkisini kullanırken kullanılacak gerekçenin makul ve hukuk kurallarını zedelemeyecek bir nitelik taşıması gerekmektedir. İfade edilen makullük ve makbüllük için de bir ölçüt üzerinden hareket edilmelidir. Erman’ın

69 Güriz, Adnan, A.g.e., s. 80.

70 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 287.

71 Yerdelen, Erdal, s. 287.

72 Güriz, Adnan, A.g.e., s. 80.

da belirttiği gibi ceza silahına sarılmanın bedeli, bu silahtan medet uman hukuk dalında ceza hukuku prensiplerinin egemen olmasını önceden kabul etmektir.⁷³ Hem ceza müeyyidesinden yararlanmayı istemek, hem de bu prensiplere ters düşen hükümlerde bulunmak adalet duygusunu zedelemektedir.

SONUÇ

Günümüzde ceza hukuku, ceza normu ile toplum yaşamı bakımından önemli olan bireysel ve toplumsal değer ve yararları korumaktadır. Bu söz konusu olmadığı durumda, ceza hukukunun hukuکی meşruiyeti sorgulanmaya başlar. Zira bu durumda emir, yasak ve yaptırım tehdidi ile bireyin özgürlük alanına müdahale eden, Anayasanın sınırlarının dışına çıkan bir ceza hukuku ortaya çıkar.⁷⁴ Bu nedenle, modern demokratik ceza hukukunun klasik devlet anlayışı tarafından kötüye kullanılmaması için, sınırlara ihtiyaç duyulması⁷⁵ bir taraftan bizi hukuksal değerlerin daha iyi korunabilmesi adına norm anlamında yeni ihlal modellemelerine gitme mecburiyetine götürürken, diğer taraftan ceza hukukunun temel ilkelerine duyulan ihtiyacı da arttırmaktadır. Bu ihtiyaç nedeniyle, hukuksal değerlere kanun koyucuyu kontrol etme, yönlendirme, sınırlandırma ve görevlendirme gibi kavramlarla kanunda yazılı olmayan norm öncesi bir kavram olduğu tezi kapsamında çok fazla rol yüklenmiştir.⁷⁶ Ancak bu işlevin, tek başına hukuksal değerler tarafından yerine getirilmesini beklemek ütöpik olur. İyi yapılmış bir kanun, son kertede iyi bir uygulamacının elinde şekillenecek, bu da ceza hukukunun genel önleme amacına hizmet edecektir. Bu nedenle, suç işleyen kimse üzerinde, özel önleme hiç devreye girmeden oluşan, suçun mutlaka cezalandırılacağı ve adaletin tesis edeceğini bilmesinin, diğer insanlar üzerinde oluşturacağı ibret etkisi yadsınamayacak derecede önemlidir. Cezaların en önemli amaçlarından biri genel önleme olduğu için, suçlunun cezaevinde tutulması, ıslahı ve yeniden sosyalleşme-

73 Bayraktar, Köksal, *Eserlerinin Önsözleri ile Yaşayan Erman*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 91'den naklen.

74 Hakeri, Hakan, A.g.e., s. 2.

75 Taneri, Gökhan, (2016) A.g.m., s. 131.

76 Ünver, Yener., *Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi*, İÜHF. Cilt 59, S:1-2, s. 51 Y: 2000 Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 731-733 vd.

sini sağlamaya dönük olan özel önleme hiç devreye girmeden ortaya konan, suçlunun cezasız kalmadığı mesajı, yeni suçların işlenmesini önlemesi açısından son derece önemlidir. Af uygulamaları, cezanın bu amacını etkisiz kılarak suç politikası yönünden ne kadar olumsuz etkiler⁷⁷ ortaya çıkarmışsa, cezanın özel önleme alanındaki faydasını azaltabilecek olan takdiri indirim nedenlerinin ölçüsüzce kullanılması da bu etkiyi doğurabilecek niteliktedir. Her iki uygulama karşısında, failin kusuruna uygun ve adil bir cezanın belirlenebilmesi için hukuk devleti ilkesi durmaktadır. Bu konuda en keskin eleştiriler, sosyal anlamda toplumda infial doğuran adli olaylar bakımından sanığın duruşmadaki tavrından dolayı iyi hal indirimi yapan mahkeme ve hakimler için yapılmaktadır. Özellikle çocuk ve kadın cinayetleri, şiddet ve toplumsal cinsiyet temelli vakalar ile cinsel istismar ve cinsel saldırı dosyalarında, yine nitelikli yaralama suçlarında tatbik edilen takdiri indirim nedenleriyle, sanığın duruşmada sergilediği tavırdan ve iyi halden dolayı TCK m. 62 f.1'in tatbiki yoluyla cezada fail lehine değişikliğe ve indirimde gidilmekte ve bu durum kamuoyunda tepkiyle karşılanmaktadır. Sanığın duruşmalara gelmediği, hakim sanığı görmediği, SEGBİS aracılığı ile temas ettiği, sorguyu yapan hakimin değiştiği, dosyada sürekli hakim değişikliğine gidildiği ve benzeri durumlarda bu nedenlerin nasıl uygulanacağı da belirsizdir. Hakimin TCK m.62 f. 2'nin tatbiki için gerekli nedenlerin varlığını tespit etmesinin nerede ise imkansız olabileceği bir durumda, takdiri indirim nedenlerinin uygulanması isabetli olmayacaktır. Yasal anlamda en önemli eksik, bu konuda bir ölçüt olmamasıdır. Hakim, TCK m. 62 kapsamında belirlenen sınırlar içinde kalsa bile, bunun şekli olarak kabul edilebilir olması adaletli olduğu anlamını taşımamaktadır. Çünkü, adalet kavramının yasanın uygulanması neticesinde vicdanları tatmin eden psikolojik bir yansıması da bulunmaktadır. Hakimin vicdanları tatmin etmek zorunda olup olmadığı bu noktada sorulması gereken bir diğer sorudur. Ancak, özellikle kadına yönelik şiddet vakalarında, cinsiyet saiki ile işlenen suçlarda, nefret suçlarında, işkence ve eziyet içeren, mağdurun bedenini bir acı nesnesi olarak alan ve suçun işlenme şekli itibarı ile insanlık dışı görünüm arz eden durumlarda cezanın faile uygun hale getirilmesinin önünde

77 Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2019, s. 58.

bu haliyle bir engel bulunmamaktadır. TCK m. 62'nin mekanik bir şekilde uygulanması ne kadar toplum vicdanının tepkilerine neden oluyorsa, tam tersi olarak uygulanması gereken yerde uygulanmaması da hukuka aykırıdır. Hukuk devleti ilkesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kıyas yasağı ilkeleri ceza hukukunun bedeli ödenmiş en önemli güvence mekanizmalarıdır. Cezanın belirlenmesi aşamasında tabi olunan kriterler, sanığın lehine takdiri indirim nedenleri uygulanırken, bu konuda bir ölçüt olmaması nedeniyle hukukla vicdan arasında çatışmaya yol açmaktadır. Gerekçe bakımından Yargıtayın bu konu üzerindeki denetimi, içerikten ziyade TCK m. 62'nin uygulanıp uygulanmaması bakımındandır. Çelişki içeren nokta burasıdır. Her ne kadar hakim, serbesti sistemi içerisinde mutlak bir şekilde takdiri indirim nedeni bulmak ve cezayı azaltmak zorunda olmasa da uygulaması gereken yerde uygulamadığı, takdiri indirim nedeninin varlığını tespit edip kararında göstermiş ise de bu durumun cezanın indirilmemesine neden sebep olmadığı yönünden kararlar denetlenmektedir. Buna karşın bu denetimin neye göre yapılacağı belli olmaması mevcut bir ölçüt sorununa işaret etmektedir. Bu nedenle bazı suçlar bakımından ve bazı işleme şekilleri bakımından takdiri indirim nedenlerinin uygulanmayacağı bir düzenleme ile belirtilmesi bir ihtiyaçtır. Fiille ilgili olarak anılan konularla ilgili belirlemeler yapılmaksızın hakimin her somut olaya göre değişebilecek; hak, adalet ve nasafet kurallarına uygun biçimde uygulama yapmak durumunda olması ve bunun Yargıtay tarafından bir denetleme gerekçesi olarak kullanılması, başlı başına bir belirleme ihtiyacına işaret etmektedir. Bu denetim halen makullük ve makbullük gibi içeriği belirli olmayan kriterler üzerinden gerçekleştirilmekte, kanundaki belirsizlik yargısal aktivizm ile denetlenmeye çalışılmaktadır. Serbest takdirde hakimin kanunun içeriği ile ilgili tasavvuru ve birden fazla amaç karşısında kanun koyucunun etkisinde kalmadan istediği olasılığı seçebilmesi olduğu, bağlı takdirde ise hakimin kanunun iradesini gerçekleştirmediğini savunanlar⁷⁸ olsa da ceza hukukunda takdirin serbest olamayacağı yalnızca bağlı olduğunu kabul etmek daha tutarlı görünmektedir. Çünkü, cezanın gerek somut olarak belirlenmesi, gerekse soyut olarak belirlendiği takdiri indirim nedenlerinin uygulandığı du-

78 Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 555.

rumlarda hakim mevcut sistem ve ceza tayini gibi durumlara dikkat etmek durumundadır. Takdiri indirim nedenlerinin uygulandığı 62. madde yönünden dikkati çeken bir diğer husus maddenin bu haliyle özel bir takdir kullanımına ilişkin bir görüntü sergilemesi, 61. madde ile uygulanan cezanın belirlenmesindeki netliğin takdiri indirim nedenleri açısından bulunmamasıdır. Burada takdir olarak anılan yetki, bağlı kalınması gereği olan ve aynı zamanda üst merci tarafından denetlenebilen bir belirleme yetkisidir.

TCK m. 62’de öngörülen takdiri indirimin varlığı önemlidir. Çünkü ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine müebbet hapis cezası uygulandığında, hükümlünün infaz koşulları ve infazda yararlanacağı haklarda değişiklik meydana gelecektir. Yine hapis cezasında yapılan indirim, hükümlünün ceza infaz kurumunda kalacağı süreyi değiştirecek ve denetimli serbestlik ile koşullu salıverilmeden daha erken yararlanmasının önünü açacaktır.⁷⁹ Ancak hukuk ihtiyaçlar doğrultusunda şekillenen yaşayan bir organizma ise bu yönde tespit edilen eksikliklerin giderilmesi, bu yetkinin cezanın bireyselleştirilmesi amacına hizmet etmesi ve hukuk devleti temelinde verilen bir yetki olduğunun değerlendirilmesi, böylelikle toplumsal infial doğuran durumlarda takdir yetkisinin kullanılmasının cezanın özel önleme niteliğinin etkisiz kalmasına yol açabileceğinin göz önünde bulundurularak bu suçlar bakımından düzenlemenin gözden geçirilmesi bu nedenle tüm sorumluluğun yasa uygulayıcısının üzerinde bırakılmaması yerinde olacaktır. Bunun için takdir yetkisinin kullanılabilmesi için ölçüt oluşturulması ve yerine göre sınırlanması yerinde olacaktır. Bu yetkinin makul sınırları Francois Geny’nin de haklı olarak işaret ettiği üzere, hâkimin takdir yetkisini kullanırken, ideal güzellik ve iyilik anlayışının peşinde gönlünce dolaşan bir şövalye olmamasıdır. Hâkim, ilkelerden feyz alırken belirsiz ve düzensiz bir iyiliğe, istikrarsız bir duyarlılığa yer vermez. Gelenekten haberdar, mukayese ile düzenlenmiş, toplumsal yaşamdaki düzen gerekliliğinde kullandığı takdir yetkisini ancak sistem tarafından disipline edilmiş bir durumda kullanmalıdır.⁸⁰

79 Şen, Ersan, <https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html> (ET:15.05.2021)

80 Cardozo, Benjamin, *Yargı Sürecinin Doğası*, İstanbul 2018, Çev. Muzaffer Dülger-Sedat Elçin, s. XVI.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- ARTUK, Mehmet Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.
- BAYRAKTAR, Köksal, Eserlerinin Önsözleri ile Yaşayan Erman, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.
- BİRTEK, Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Ankara 2014.
- CARDOZO, Benjamin N, Yargı Sürecinin Doğası, İstanbul 2018, Çev. Muzafer Dülger-Sedat Elçin, s. XVI.
- DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, Ankara 2019.
- DOĞAN, Koray, Ceza Hukuku Dergisi, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", Cilt: 2 Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 296.
- DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, İstanbul 1999.
- GERÇEKER, Hasan, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2.Baskı, C. 1, 2014, s. 948.
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1996.
- GIBBS Jack, "Hukuk Tanımları ve Ampirik Sorunlar", Çev. Tefvik Özcan, İÜHF. Yıl: 1990, Cilt: 53, Sayı: 1-4, s. 305.
- GÖZLER, Kemal, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, Cilt 15, s. 207-243: https://www.anayasa.gen.tr/yorum.htm#_ftn28, (ET: 20.05.2021.)
- HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- JESCHECK, Hans-Heinrich "Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95936>, (ET: 20.05.2021)
- ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhana, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2007.
- ÖZBEK Veli Özer /KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/ BACAĞSIZ Pınar /TEPE, İlker Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.

SOYASLAN, Doğan, Kriminoloji, Ankara 2015.

ŞEN, Ersan, <https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html> (E T: 15.05.2021)

TOPUZKANAMIŞ, Engin, Hukuk ve Disiplin, İstanbul 2019.

ÜNVER, Yener, Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi, İÜHF. Cilt 59, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 51

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

ÜZÜLMEZ, İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", EÜHFD., C. X, S. 3-4, Yıl: 2006.

YERDELEN, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Ankara 2013.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Ankara 2015.

İnternet Kaynakları

<https://www.iusinitinere.it/i-criteri-di-valutazione-di-cui-ai-lart-133-c-p-24684> (ET: 15.05.2021); <https://www.altalex.com/documents/news/2014/02/20/della-modificazione-applicazione-ed-esecuzione-della-pena> (ET: 10.05.2021)

ŞEN, Ersan, <https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html>, (ET: 15.05.2021)

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1995-14-nrm.pdf> (ET:15.05.2021)

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1995-14-nrm.pdf> (ET:15.05.2021)

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/akademisyen-ciftin-akilalmaz-bosanma-seruveni-41817912> (E T: 25.05.2021)

<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf> (ET: 15.05.2021)

YCGK, 09.03.2011 Tarih ve E: 2010/25675, K. 2011/2791; <https://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/yargitay-ceza-genel-kurulu-karari-takdiri-indirim-nedenleri-h7452.html> (ET: 15.05.2021)

ŞEN, Ersan, <https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html> (ET 15.05.2021)

<https://tr.sputniknews.com/turkiye/202102031043719514-muebbet-alan-eski-polisin-cezasi-25-yila-indirildi-kravat-takip-iyi-hal-indirimi-aldi/> (ET 31.03.2021)